

## **RETÓRICA VERSUS ARGUMENTACIÓN**

### **Perspectivas en el nuevo espacio de educación superior**

Milagros Otero Parga  
Universidade de Santiago de Compostela

#### **Resumen**

La Retórica es un arte muy olvidado e incomprensiblemente poco utilizado, mientras que la Argumentación se ha puesto de moda como señal de legitimación del Estado de Derecho. Sin embargo la Argumentación es una parte de la Retórica, y la Retórica un instrumento para la Argumentación. Retórica y Argumentación son el todo y la parte. La Retórica es el todo, y la Argumentación la parte. Ambas ciencias, artes o técnicas, se complementan. Para que el ser humano comprenda de forma racional por qué está vinculado por las normas jurídicas es necesario que la Argumentación Jurídica de los distintos operadores funcione. Y esta argumentación debe hacerse utilizando el arte de la Retórica que le proporciona brillantez y decoro. La Retórica no debe entenderse enfrentada a la Argumentación sino como colaboradora necesaria para un buen ejercicio del Derecho. Y por eso los Nuevos Espacios de Educación Superior deben asegurar una adecuada formación a los futuros licenciados en Derecho, en las técnicas de Argumentación Jurídica insertas dentro del conocimiento y práctica de la Retórica. Porque no es suficiente lo que se dice sino cómo se dice, como se argumenta y cómo se defiende. Y eso es lo que deben aprender los juristas.

**Palabras clave:** Retórica, Argumentación, Espacio de Educación Superior Europeo. Estudios de Derecho.

#### **Abstract**

Rhetoric is a forgotten art and incomprehensibly very little used, while argumentation has become fashionable as a sign of legitimacy of the rule of law. However, the argument is a part of rhetoric, and rhetoric a tool for argumentation. Rhetoric and Argumentation are the whole and part. Rhetoric is all, and the argumentation. Sciences, arts or techniques are complementary. For humans rationally understand why he is bound by legal rules is necessary for the Legal Reasoning of the different operators work. And this argument must be made using the art of rhetoric that gives brilliance and decency. Rhetoric should not be construed facing collaborative argumentation

but as necessary for good practice of law. And so the New Areas of Higher Education should ensure adequate training for future graduates in Law, Legal Argumentation techniques embedded within the knowledge and practice of rhetoric. It is not enough what you say but how you say, as argued and how it defends. And that's what lawyers are supposed to learn

**Keywords:** Rhetoric, Argumentation, European Higher Education Area. Studied law.

## 1. Introducción

Decía CELSO que el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo<sup>1</sup>. Para el gran jurista romano el Derecho excede la noción simplificada de “ordenamiento jurídico”, elevándose por encima de ella hasta alcanzar un arte. Y no un arte cualquiera sino el arte que consiste en la búsqueda de la justicia. De acuerdo con esta concepción, alcanzar la justicia es la finalidad primordial del Derecho, pero para que ésta se alcance de la manera adecuada es preciso hacerlo con “arte”.

¿Qué significa “arte” en este contexto? ¿Qué elementos deben concurrir para poder afirmar que se ha alcanzado la justicia de una forma artística? Si consultamos el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española leemos que “arte” del latín *ars*, *artis*, es en su primera acepción la virtud, disposición y habilidad para hacer alguna cosa. Es también el conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer bien una cosa. Uniendo ambas ideas podemos entender que el Derecho es la virtud, disposición o habilidad para alcanzar la justicia de la forma más correcta posible. Y consecuentemente el jurista es la persona preparada y capacitada para realizar la función que se concreta en la búsqueda permanente de la forma más adecuada de alcanzar la justicia.

¿Cuál es esa forma? ¿Cuál es la forma adecuada de alcanzar la justicia?<sup>2</sup> ¿Cuál es la mejor manera de realizar el Derecho? Durante muchos siglos esta manera se ha alcanzado como resultado de la combinación entre la forma y el fondo de la ley. No importaba únicamente el contenido estricto de los Códigos sino la forma que éstos tenían de producirse. No se prestaba atención de manera exclusiva al conjunto de normas escritas, mudables por excelencia y en algunos casos incluso injustas, sino que el jurista miraba más allá. Bus-

<sup>1</sup> “Ius est ars boni et aequi”, *Digesto*, 1,1, 1.pr.

<sup>2</sup> Hay trabajos muy interesantes que reflexionan sobre este tema. Entre ellos: COTTA, S., *¿Qué es Derecho?*, Rialp, Madrid, 2000.

caba el espíritu de la ley, protegía la naturaleza de las cosas, indagaba sobre la adecuación de la solución legal coyuntural a la justicia permanente. Y todo eso debía hacerse además siguiendo unas formas cuidadas de manifestación oral y escrita. En otras palabras, la consideración de juristas se adquiría no sólo por el dominio más o menos amplio y acreditado de un conjunto de leyes expuestas en unos códigos, sino también, y quizá especialmente, por el dominio del arte de decir lo bueno y lo adecuado en cada caso concreto. Los juristas eran especialistas en Retórica.

Para alcanzar este grado de especialización, las facultades de Derecho preparaban a sus alumnos en el arte de producirse de forma adecuada tanto en la versión oral como escrita. Los juristas entonces no eran simples “aplicadores” del Derecho. No eran únicamente “técnicos” en leyes, códigos o sentencias<sup>3</sup>. Eran jurisprudentes. Eran conocedores de la Jurisprudencia entendida ésta en la concepción de ULPIANO como la ciencia de lo justo y de lo injusto extraída del conocimiento de todas las cosas divinas y humanas<sup>4</sup>.

En la actualidad esta situación parece haber cambiado<sup>5</sup>. La Retórica ha sido barrida de las Facultades de Derecho, e incluso de las de Letras<sup>6</sup>, como algo inservible y carente de actualidad. Los conocimientos del arte retórico han quedado arrumbados como un saber apolillado, pasado de moda, que a nadie interesa y que solo estorba en unos planes de estudio que agobiados por los créditos y por el peso específico en horas docentes de cada materia, se ha olvidado de la finalidad fundamental de su existencia que no es otra que la de formar juristas expertos que sepan crear y aplicar las leyes en la búsqueda de una sociedad mas justa<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre este tema es interesante el trabajo de MONTEJANO, B., *La Universidad de ayer, hoy y mañana*, Nueva Hispanidad Académica, Buenos Aires, 2001.

<sup>4</sup> “Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniuste scientia”, *Digesto*, 1,1,1,10.

<sup>5</sup> Sobre docencia en las Facultades de Derecho ver: FIX-ZAMUDIO, H., *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, Porrúa, México, 1997.

<sup>6</sup> La Dr<sup>a</sup> Maria Luisa Malato, especialista en Retórica y profesora de Metodología y Retórica de la Facultad de Letras de la Universidad de Porto (Portugal), se lamentaba de la falta de atención que los actuales programas de estudio, incluso de las facultades de Letras, prestan a la Retórica: De manera que, a su juicio, era difícil incluir una materia con este contenido en los currícula de los alumnos. Presentación del libro de Joaquín RODRÍGUEZ-LUGO BAQUERO, *La Tópica Jurídica del Dr. Puy*, Ed. Porrúa, México, 2008.

<sup>7</sup> Sobre este tema son interesantes las reflexiones de CARBONELL, M. A., *La enseñanza del Derecho*, Porrúa, México, 2004.

A esta situación no ayuda desde luego la formación previa que acreditan los estudiantes que llegan a las Facultades de Derecho. Los estudios primarios y secundarios atraviesan por un problema semejante. Las materias “estrella” son las matemáticas, los idiomas, la física, la informática... Todas ellas sin duda, interesantes, pero a mi juicio sobrevaloradas en una formación que se ha olvidado de enseñar al ser humano los rudimentos de la comunicación.

¿De qué le sirven a la sociedad los grandes especialistas si éstos no son capaces de comunicar el resultado de sus investigaciones? Servirían para poco en general, pero para mucho menos si estos especialistas lo son en Derecho. No olvidemos que los operadores jurídicos son muchos porque muchas son las profesiones jurídicas y muy plural la experiencia jurídica<sup>8</sup>.

¿Qué servicio a la sociedad puede prestar un legislador que crea leyes ininteligibles, un gobernante que trata de aplicarlas sin saber comunicar a los administrados los motivos de sus acciones, un juez que elabora sentencias que no convencen por su deficiente motivación, un abogado que no es capaz de argumentar su defensa... y así sucesivamente?

Estos son algunos de los muchos problemas que tiene planteada la sociedad en este momento y que repercuten de forma muy negativa en la valoración que los ciudadanos hacen de los juristas en general. Indudablemente no todos los problemas que plantea la justicia y su administración pueden ser resueltos con Retórica, pero creo que algunos de ellos sí.

La doctrina jurídica, alarmada por los requerimientos sociales, ha comprendido que es preciso realizar cambios que contribuyan a presentar una cara mejor de todo el engranaje jurídico. Estos cambios tienen que producirse en todos los niveles y deben caminar hacia el futuro, retomando algunos elementos olvidados. Deben suponer un avance y no un estancamiento, ni una involución. Y para ello, estos cambios deben saber conjugar lo bueno de cada momento para ofrecer una alternativa que corrija los graves problemas que la ciencia jurídica actual tiene planteados.

---

<sup>8</sup> Sobre metodología del trabajo jurídico ver: VILLORO TORANZO, M., *Metodología del trabajo jurídico*, Limusa Noriega editores, México, s/a, 10ª ed y también LARA SÁEZ, L., *Procesos de investigación Jurídica*, Porrúa, 5ª ed. , México, 2006.

Como he dicho con anterioridad, esas acciones deben ser implementadas en muchos aspectos de los que no me puedo ocupar en este momento. Quede no obstante señalada la necesidad de trabajar en distintos frentes. Pero como pertenezco a una escuela de pensamiento tópico que considera que saber es saber hacer y que la experiencia jurídica debe ser analizada partiendo de un caso real que plantea una disfunción (descripción), estudiando los elementos a favor y en contra que se observan a fin de establecer cuales deben procurarse y cuales evitarse para la solución del problema (valoración) y por fin aportando una posible solución que contribuya a mejorar la situación detectada (normación), debo centrar mi trabajo en un problema concreto y aportar una posible solución a las causas que lo generan.

El problema que planteo es el de la necesidad de que la Retórica Jurídica recobre un papel protagonista en las enseñanzas de Derecho del nuevo espacio de educación superior; papel que ya ocupó durante muchos siglos a lo largo de la historia, y que lamentablemente ha perdido en la actualidad.

Me parece que la oportunidad de este estudio es manifiesta, entre otros motivos porque hoy en día está resurgiendo la preocupación por la “justificación del derecho”. Esta “justificación” se está realizando en la actualidad únicamente a través de la Argumentación Jurídica, olvidando con ello el papel fundamental que le está reservado a la Retórica.

Surge así esta pregunta: ¿Existe identidad entre el arte de la Retórica antiguo y las técnicas de la argumentación jurídica modernas? ¿Son la misma cosa? Y si no lo son ¿qué relación guardan entre ambas? Para intentar averiguar las respuestas a los interrogantes planteados ofrecemos el estudio que viene a continuación.

## **2. Retórica y argumentación jurídica. El todo y la parte**

En la actualidad, especialmente en el ámbito de la Filosofía y Metodología Jurídica, se está produciendo un creciente interés por los estudios de Argumentación Jurídica. Tengo para mí que este interés surge de la propia necesidad. Porque los seres humanos son seres racionales que necesitan entender. El ordenamiento jurídico es coactivo en si mismo, o mejor dicho lleva dentro de sí la posibilidad de que el Estado pueda ejercitar la coacción en el caso de que sus preceptos no sean cumplidos de grado. Esa mutilación de

la libertad es asumible por la sociedad siempre que se respeten una serie de condicionantes que la legitimen y que además la finalidad de esta limitación sea la consecución del orden, la paz y el bien común<sup>9</sup>.

La paz judicial, decía PERELMAN, pero se puede trasladar a cualquier otro tipo de paz a alcanzar por el Derecho, sólo se restablece definitivamente cuando la solución más aceptable socialmente va acompañada de una argumentación jurídica suficientemente sólida<sup>10</sup>.

La necesidad de argumentar surge en todos los operadores jurídicos como forma de justificar y legitimar el Derecho ante la sociedad. Ya no es suficiente el poder del Estado para regular la actividad social o para imponer lo justo. Ya no es suficiente que el juez dicte una sentencia en ejercicio de su potestad jurisdiccional discrecional. La sociedad actual necesita, exige, de los poderes públicos, que razonen su actuación, que expliquen los motivos que les mueven a adoptar una solución u otra. Que les muestren las razones de su actuación<sup>11</sup>.

Hoy en día para conseguir lo que es justo, concepto que a veces discrepa de lo que es exclusivamente legal, es preciso llegar a acuerdos, decisiones y consensos. Y en este campo de acción la argumentación se convierte en algo esencial porque las posibles soluciones se alcanzan mediante la exposición de razones que hagan entender y posibiliten la toma de posiciones<sup>12</sup>.

La importancia de la argumentación jurídica creció exponencialmente desde la Revolución Francesa, con el advenimiento de un nuevo sistema de legalidad que imponía la necesidad de control de los poderes del Estado. La Revolución Francesa supuso un baño de sangre tremendo cuya fuerza barrió,

---

<sup>9</sup> Como decía MONTEQUIEU, en *El Espíritu de las Leyes*, Capítulo III del Libro XI de la Segunda Parte: "La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad".

<sup>10</sup> PERELMAN, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 185.

<sup>11</sup> Esta necesidad se aprecia en todos los operadores jurídicos si bien está más presente en algunos de ellos. Quizá el ámbito judicial sea uno de los más sensibles posiblemente por la fuerza obligatoria y ejecutiva de la cosa juzgada. Sobre este tema existen multitud de trabajos. Entre ellos ASÍS, R., *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 16: "La obligación de motivar las decisiones judiciales presente en prácticamente la totalidad de los ordenamientos jurídicos, permite describir los argumentos con los que los jueces manifiestan apoyar sus decisiones".

<sup>12</sup> CALONJE, C., *Técnica de la Argumentación Jurídica*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 29 ss.

como en todas las revoluciones sangrientas, de una forma ciertamente violenta, muchas de las antiguas formas de regulación de la vida social. Como toda revolución fue traumática, pero sentó las bases de algunas modificaciones sociales y jurídicas que venían siendo demandadas por el pueblo. Una de ellas fue sin duda la de la necesidad de racionalizar el sistema jurídico en general y en particular la necesidad de motivación de las actividades del poder público.

Esta necesidad de racionalización, transparencia, claridad y motivación ha hecho que el estudio de la Argumentación Jurídica fuese en aumento hasta la actualidad. Y así comenzaron a surgir pensadores que elaboraron complejas teorías que en muchos casos pecaron a mi juicio de ser excesivamente abstractas y matematizantes, quizá porque suponían que la argumentación era únicamente un ejercicio de lógica matemática. Tipo de lógica de indudable interés matemático, pero de escaso valor jurídico, ya que no se adapta a ninguna forma de manifestación de la experiencia jurídica.

Los estudios de Argumentación debían haber potenciado el resurgimiento de la Retórica porque no en vano una buena argumentación debe respetar las leyes de la Retórica. Sin embargo no fue así. La Argumentación siguió potenciándose y la Retórica continuó olvidada.

El resultado de esta preferencia produjo una consecuencia nefasta para el Derecho porque como he tenido ocasión de manifestar con anterioridad, el arte jurídico debe cultivar por igual el fondo y la forma. No debe transmitir con una forma impecable un contenido vacío, ni debe de igual manera contentarse con trasladar a la sociedad un contenido jurídico adecuado y axiológicamente plausible utilizando una forma oscura, zafia e incorrecta.

No se entiendan mis palabras como contrarias al estudio de la Argumentación Jurídica. Muy al contrario, me parece que es preciso cultivar esta técnica y aplaudo la preocupación actual por su conocimiento, toda vez que se ha convertido prácticamente en la única forma de justificación del Derecho. No quiero criticar la preocupación por su conocimiento ni la necesidad de su utilización. Pero al mismo tiempo quiero reivindicar la importancia de incluir a la Retórica en este “plan de rescate”. Porque la Retórica es el todo y la Argumentación la parte. Y la parte no se opone al todo ni el todo a la parte porque son la misma cosa, eso sí, enfocada desde distinta perspectiva.

Analizaré a continuación el concepto de Argumentación y el de Retórica, así como sus posibles usos, a fin de probar que ambas artes lejos de excluirse, se complementan, de forma que no es concebible la una sin la otra en una buena praxis jurídica.

### 3. Retórica jurídica

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la Retórica del latín *rhetorica* es el arte del bien decir, de embellecer la expresión de los conceptos, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir y conmover. Esta primera acepción presenta la cara positiva del tópico, pero como todo tópico la retórica muestra igualmente una cara negativa que se concreta en los siguientes significados: uso impropio o intempestivo del arte retórico (tal y como antes quedo conceptualizado) o también, sofisterías o razones que no son del caso.

De esta primera aproximación podemos deducir ya las luces y las sombras del arte retórico. La cara positiva de la Retórica la presenta como el arte del bien decir. Es la técnica consistente en presentar la propia posición envuelta con el ropaje de la exquisitez verbal o escrita que le presta plausibilidad e incita a persuadir o conmover. Si quien presenta su posición de esta manera logra su objetivo obtendrá un derecho artístico que es definido por PUY en su *Tópica Jurídica*, como “el tópico con el que se presenta la propia posición jurídica rodeada de la belleza formal propia del lenguaje y del discurso jurídico, para hacerla más atractiva al juez o a la parte contraria, a la hora de enjuiciarla o valorarla”<sup>13</sup>. La fuerza del tópico en este caso radica en que el jurista capaz de producir un derecho artístico tendrá muchas más posibilidades de alcanzar su objetivo que el jurista incapaz de presentar su conocimiento embellecido con la pátina del arte de la Retórica. Y por eso el arte retórico es un coadyuvante importante que el buen jurista debe conocer para desarrollar de la mejor manera posible su trabajo.

Bajo esta perspectiva la Retórica se valoró a lo largo de los siglos convirtiéndose en una herramienta imprescindible para todo jurista. Esta cara del tópico surge en Grecia y se mantiene con alti-bajos hasta casi la actualidad. Presenta a la Retórica como una de las innegables virtudes que debía poseer

---

<sup>13</sup> PUY MUÑOZ, F., *Tópica Jurídica. Tópica de expresiones*, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 377.



un jurista, que se concretaba en el dominio de la palabra oral y escrita. El jurista debía producirse en sus escritos y en sus discursos con una corrección impecable, corrección que se llegó a convertir casi en un sello personal de la función que debía desarrollar en su vida. Y no podía ser de otra manera ya que la materia de la cual trataba su trabajo, la búsqueda de la justicia, no podía ser revestida con otro tipo de ropaje.

La Retórica fue cambiando a lo largo de los siglos hasta incluso quizá en su propio nombre. Esta ciencia o arte que es como yo prefiero llamarla, fue sistematizada en un principio por QUINTILIANO en sus *Instituciones*. Obra que tuvo una gran trascendencia ya que fue el libro de texto por el cual se formaron gran cantidad de generaciones en la Antigüedad latina durante toda la Edad Media. QUINTILIANO dividió la preparación del discurso en cinco etapas diferentes que denominaba respectivamente: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*.

La *inventio* se concretaba en el hallazgo de argumentos. Era cronológicamente el primer momento del proceso. El orador almacenaba el conjunto de razones que podrían servirle para la defensa de su posición procurando localizar aquellas que más convenían al contenido de la finalidad que perseguía con su alocución. Un buen orador, un buen rétor, no se olvidaba en este momento de recoger algunos argumentos que pudieran molestar su propia defensa porque su uso adecuado, sobre todo anticipándose a las posibles objeciones del contrario, era determinante para salir airoso de la contienda. En este primer momento el rétor recogía todos los argumentos que pudiera encontrar, lo hacía sin orden ni concierto, porque en realidad sólo quería conocer su existencia.

Concluida esta primera fase se daba entrada a la segunda. Me refiero a la *dispositio*. En este segundo momento todo el material previamente localizado era organizado y ordenado. Había llegado el momento de elegir lo que convenía presentar al público, y lo que por el contrario debía ser desechado como inservible con carácter general, o al menos para el discurso concreto. Esta segunda fase de la estructura de uso de la Retórica suponía un avance organizativo en relación con la primera.

La tercera fase se conoce con el nombre de *elocutio*. En ella se estructuraba el argumento que se quería presentar. A mi juicio ésta ha sido y sigue siendo la fase más complicada del discurso retórico. En ella hay que elaborar el esquema de trabajo de forma que sea conducente y adecuado para la postura que se quiere defender y la finalidad que se pretende alcanzar.

Esta tercera parte del discurso da entrada a la cuarta denominada *memoria*. Este momento es ya posterior al de la elaboración del discurso. Consiste en retener en la mente las palabras y la estructura de las ideas antes elaboradas de manera que puedan ser recordadas en el momento que interese al agente. Esta fase del discurso es también de gran importancia y lamentablemente suele ser olvidado. Es importante porque un discurso leído es un discurso que desaprovecha alguna de las ventajas de hablar, como por ejemplo poder mirar a la cara de quien escucha para percibir sus reacciones, si les está gustando, si por el contrario les disgusta; cuales son las partes de la comunicación que han sido del agrado de los oyentes para incidir sobre ellas, y cuales por el contrario suscitaron cierto malestar para evitar volver a repetirlas. Además, la posibilidad de hablar sin papeles permite hacer más ameno el devenir discursivo y produce en quien escucha la sensación de que quien habla domina con fluidez el tema que está exponiendo.

La cuarta parte de la memorización del discurso introduce ya en la quinta y última fase que es la que se conoce con el nombre de *actio*. En ella se procede a lo que se podría denominar la representación o dramatización del discurso. Esta parte es igualmente importante porque a través de su realización se manifiesta todo el esfuerzo anterior. De nada servirían las otras cuatro partes si no existiera esta quinta. Y lamentablemente es de nuevo muy olvidada. Parece que algunos jurisprudentes renuncian a esta última fase pensando que ese esfuerzo final ya no es digno de su ingenio. Y se equivocan, porque de nada sirve realizar una magnífica construcción jurídica, sesudamente meditada y organizada, si quien debe transmitirla no es capaz de comunicarla. Si esto es así el resultado final del discurso será lamentablemente desperdiciado al igual que todo el trabajo de realización del mismo, porque se habrá imposibilitado o al menos debilitado el momento final, el de la traslación de resultados, que al fin y al cabo es la razón de ser de todo lo demás.

El esquema presentado ha sido utilizado a lo largo de los tiempos por muchos de los grandes rétores y ha dado importantes resultados. En cuanto a la plantilla del discurso se pueden ofrecer algunas variaciones que me parece contribuyen a aclararlo. Una de ellas es la que desde hace una serie de años seguimos mi maestro el Dr. Puy y yo misma en la disciplina “Historia de la Ciencia y de la Argumentación Jurídica” impartida con carácter de optativa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. En ella y entre otras cosas, enseñamos a nuestros alumnos cómo deben construir un buen discurso jurídico y qué pasos deben seguir para comunicarlo. Los resu-

mo en los siguientes ítem: *exordio*, *narración*, *división*, *confirmación*, *refutación* y *peroración*<sup>14</sup>.

La función del *exordio* es saludar al auditorio y presentar la tesis que se quiere defender. En este momento se introduce el tema a tratar y se pre-dispone al auditorio para que sea receptivo no sólo al asunto en debate, sino también y especialmente a la posición que sobre el mismo quiere defender quien habla.

A continuación viene la *narración*, cuya finalidad es propiciar que quien expone proceda al relato de los hechos que dan lugar a la consulta, o sobre los que se requiere parecer o aquiescencia. En este momento se puede sugerir al auditorio con habilidad y extrema discreción, la respuesta que quien está en uso de la palabra va a reclamar como la solución óptima para el problema que se presenta. En el discurso jurídico es muy importante prestar atención a esta parte del discurso, porque lo que no se alega se tiene por no existente.

La *división* es la parte que aprovecha el orador para realizar una enumeración ordenada de las proposiciones que va a defender. Un buen orador tendrá cuidado en prestar especial cuidado para que resulte destacada aquella afirmación que va a defender como la más adecuada, la mejor, o la que resulta más conveniente para pacificar a la sociedad o solucionar el conflicto que se plantea. Es importante utilizar esta parte del discurso para ofrecer a quien escucha los argumentos necesarios que le convenzan de la bondad de aceptar una determinada tesis (la que defiende el autor del discurso) y rechazar las demás.

La *confirmación* es la parte central del discurso. Debe ser aprovechada por el orador para aportar las pruebas que sustentan la tesis que defiende. En este momento es cuando el orador ofrece al auditorio toda la carga de argumentos, sean estos del tipo que sean, siempre que puedan favorecer su posición. Por eso es la parte central del discurso, la que se utiliza para oponer la carga de argumentos que el rétor quiere utilizar a su favor. Existen fundamentalmente dos tipos de argumentos<sup>15</sup> retóricos que son el *entimema* y el *epiquerema*. El primero de ellos, el *entimema* es en realidad un silogismo solo

<sup>14</sup> PUY MUÑOZ, F. & OTERO PARGA, M., *Introducción a la Jurisprudencia Histórica de Galicia*, Universidad de Santiago de Compostela (España), 2006, pp. 16 ss.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión hablaremos de forma más extensa en otro momento de este trabajo. Quede sin embargo apuntada su existencia en este momento porque así conviene al hilo argumental que estoy desarrollando.

que abreviado ya que no hay una premisa mayor, una menor y una conclusión surgida como consecuencia lógica de las dos anteriores. Por el contrario el razonamiento se reduce a dos proposiciones, que funcionan como antecedente y consecuente<sup>16</sup>. El segundo modelo de argumento retórico es el que conocemos con el nombre de *epiquerema*. Es también un silogismo pero en este caso no está reducido sino que es múltiple porque una o varias de las premisas aparecen acompañadas de sus respectivas pruebas<sup>17</sup>.

Estos dos tipos de argumentos retóricos o cualesquiera otros, funcionan utilizando tópicos o lugares comunes aceptados por todas las partes como indiscutibles. Los tópicos más usados en la argumentación retórica se extraen fundamentalmente de las siguientes fuentes: de la personalidad (tópicos como el nacimiento, nación, patria, salud, sexo, género etc); de las circunstancias (dónde, cómo, cuándo se produjo la acción que se pretende destacar); de las palabras que nombran las cosas involucradas y aclaran su significado o lo adaptan al caso concreto en litigio (etimología, género, especies, distinciones, comparaciones etc.); de las leyes o normas aplicables al caso concreto debatiendo sobre su oportunidad, vigencia, (letra y espíritu de la ley cuando no sean iguales, claridad, ambigüedad, equivocidad etc.); de las sentencias o resoluciones judiciales especialmente las recaídas sobre casos análogos para alegarlas en favor de la tesis defendida u oponerlas en contra de las tesis de los demás y los tópicos de presunciones que se hayan establecido o se quieran establecer.

La *refutación* es la siguiente parte del discurso. Es en realidad una subespecie de la parte anterior es decir de la confirmación y, consecuentemente, comparte con ésta la cualidad de ser la parte central del discurso. La diferencia fundamental entre ambas es que en la confirmación el rétor expone el principal o principales argumentos que avalan la tesis que quiere defender presentándola como la más fiable; mientras que en la refutación el orador rebate el principal argumento en contra que dificultaría la aquiescencia a su posición. Es un error tratar de ocultar u obviar esta parte del discurso pensando que entorpece la posición de quien habla. Es al contrario, porque *prior tempore, potior iure* o lo que es lo mismo quien llega antes tiene la ventaja de atacar más fuerte y por sorpresa, anticipándose por tanto a las intenciones

<sup>16</sup> Por ejemplo: Juan robó a Pedro. Por lo tanto Juan es un ladrón.

<sup>17</sup> Por ejemplo: Juan se apropió indebidamente de dinero de Pedro, después le sustrajo el coche, a continuación lo desposeyó de su reloj; por lo tanto Juan es un ladrón.

del otro y restándole posibilidades de vencerlo. Aunque claro está, cuando se expone un argumento en contra de la posición propia es prudente presentarlo como un inconveniente menor que aunque existe puede ser salvado o en todo caso asumido como un riesgo inevitable que debe tener la consideración de “mal menor”. No conviene a mi juicio ocultar información, especialmente cuando ésta es tan evidente o fácil de localizar que puede ser alegada en el siguiente turno de réplica por la otra parte. Pero tampoco es sensato dar más presencia o valor del imprescindible al argumento, que en teoría al menos, podría perjudicar nuestra posición. Lo mejor es saber utilizar la fuerza de la corriente de forma que, aunque venga en contra, facilite nuestro movimiento.

La última parte del discurso es lo que se conoce técnicamente con el nombre de *peroración*. Su finalidad es la de extraer las conclusiones que convienen a la defensa del orador. Pese a lo que pudiera parecer en un principio, no es fácil realizar esta labor. Unas buenas conclusiones no deben ser mera repetición de lo ya dicho porque aburren al auditorio por resultar excesivamente reiterativas. Unas buenas conclusiones deben captar de nuevo la atención del auditorio proporcionándole al orador la postrera posibilidad de sentar su tesis planteando de forma sencilla las partes fundamentales de la misma. Para hacerlo de la forma adecuada el orador debe: remachar la captación de benevolencia del auditorio, resumir los hechos probados de la forma en que benefician a quien los plantea, tratar de suscitar la aquiescencia del auditorio ganándose su confianza y complicidad, remachar de nuevo la pregunta y respuesta principales que funcionaron como tesis a defender a lo largo de todo el discurso y por último, pero no por ello menos importante, terminar solicitando expresamente la adhesión del auditorio a su propuesta.

Este es un buen esquema para un discurso jurídico. Es como puede apreciarse una aplicación del modelo clásico de QUINTILIANO, pero adaptado especialmente a la lid jurídica. El orador que lo reproduzca aun realizando las pequeñas matizaciones que precisa cada caso, y sobre todo cada jurisprudente para hacer propio su trabajo imprimiéndole su sello personal, puede tener la seguridad de haber realizado una adecuada utilización de la retórica.

Los efectos que debe producir un discurso en el que se utiliza una buena retórica son fundamentalmente tres que desde CICERON se identifican como: *docere (enseñar), movere (mover o conmover) y delectare (agradar)*<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Información detallada de cada una de estas fases en MALATO, M. L., & FERREIRA DA CUNHA, P., *Manual de Retórica & Direito, Quid Iuris*, Lisboa, 2007, pp. 49 ss.

Detengámonos un momento en el significado de cada uno de estos efectos. En primer lugar el buen discurso retórico debe enseñar, es decir debe tener un contenido pensado, meditado y desarrollado. Creo que hablar es un arte en sí mismo, y que se puede hablar o discutir por el simple placer de hacerlo, por ejemplo en una tertulia. Este tipo de comunicación es interesante sin duda, pero no es la que estamos tratando de analizar: no es desde luego, el tipo de comunicación cuya defensa realizamos como necesaria para la formación de los universitarios futuros jurisperitos. Cuando hablamos de la Retórica como un arte que es preciso que domine el jurisperito, pensamos en la comunicación que se produce como consecuencia de un trabajo previo de preparación de contenido. No es suficiente que un jurista sea capaz de transmitir un mensaje bellamente elaborado. No es suficiente la utilización de palabras hermosas con contenido vacío. No es suficiente la utilización de “lugares comunes” que susciten aquiescencia. Un buen jurisperito tiene que saber utilizar la forma para transmitir el fondo. Pero para poder conseguir este resultado es imprescindible la tarea previa de estudio y preparación de contenidos.

Un jurista no es un jilguero cuya finalidad es abrir su pico para emitir dulces y armoniosos sonidos. Es hermoso escuchar a un pájaro cantar. Siempre me ha enternecido la parábola del “pájaro espio” que canta una sola vez cuando se inmolaba clavando su cuerpo en un espio, pero en ese momento final cuando está agonizando dicen que canta la más bella melodía jamás escuchada y sacrifica su vida para alcanzar esa belleza. El pájaro no es ciertamente consciente de este sacrificio, ni de poder hacerlo, ni del resultado que produce, pero el ejemplo puede servirnos para ilustrar el mensaje que quiero transmitir. Es sin duda hermosa la producción de obras de comunicación (música, canto, poesía) con finalidad estética —aunque esta afirmación debe ser igualmente matizada porque tanto la música, como el canto, como la poesía no son simples manifestaciones estéticas sino que además encierran un contenido expreso o tácito que se manifiesta encerrado en la belleza o desagrado que producen—. Esta comunicación es sin duda hermosa, pero no es suficiente para un jurista. El jurista debe producirse con cuidado, y hasta con belleza expositiva; pero, esa forma debe proteger el fondo. Y para que así sea, es necesario que quien habla se informe primero del contenido que quiere transmitir, lo describa, lo valore y piense el mensaje normativo que quiere

trasladar. De otra manera el discurso fallará porque no cumplirá con la función de enseñar... Porque no tendrá en realidad nada que enseñar<sup>19</sup>.

En segundo lugar y además de enseñar, el discurso retórico de un jurista debe *conmover*. No olvidemos que la función de todo jurista es eminentemente práctica. El jurista estudia, habla, argumenta para conseguir algo, y por eso es tan importante este segundo efecto de la retórica. ¿Qué operadores jurídicos deben convencer? Todos sin excepción aunque desde distintos puntos de vista y utilizando distintos medios. El legislador debe dictar aquellas las normas que el administrado crea justas y eficaces para la solución del caso concreto. De otro modo las normas seguirán siendo obligatorias, porque el ordenamiento jurídico es coactivo, pero serán seguramente ineficaces y posiblemente caerán pronto en desuso. El gobernante debe regir los destinos del país y utilizar su potestad de manera que los ciudadanos no se sientan oprimidos. El juez debe justificar sus sentencias, y no sólo ante las partes que solicitan justicia, sino ante la sociedad en general, y ante los tribunales de casación en particular. La doctrina debe justificar la corrección de sus aportaciones al conocimiento jurídico con la finalidad de mejorar el sistema jurídico para una más pronta realización de los fines del Derecho; y así, todos los operadores jurídicos tomados uno a uno<sup>20</sup>. Por eso el jurisprudente debe saber *conmover* para mover a la realización de una determinada conducta.

Y por último pero no menos importante, el jurisprudente que utilice la Retórica debe hacer todo esto de forma que resulte *agradable* de escuchar. De nuevo podría pensarse que este requisito es innecesario por superfluo. Pero en realidad no es así porque con independencia del hecho de que el Derecho no

---

<sup>19</sup> Es muy habitual que los alumnos soliciten de sus profesores que las clases sean más dialogadas. Quieren que se ofrezcan temas de debate para que ellos puedan aportar sus puntos de vista y debatir los posicionamientos legales. Esta es una idea buena en sí misma. Pero sólo funciona cuando el alumno ha tenido tiempo y ha querido informarse previamente sobre el contenido de lo que se tratará en la clase. De otra forma muchos se callan por temor al ridículo y otros, los más osados, hablan, pero no aportan elementos interesantes para el diálogo o la discusión porque carecen de conocimientos mínimos, convirtiéndose la práctica en un ejercicio de expresión de ideas no compartidas.

<sup>20</sup> Más información sobre las distintas formas de análisis de la experiencia jurídica según el operador jurídico que la perciba en: OTERO PARGA, M., *Fenomenología jurídica* en VV.AA, *Manual de Filosofía del Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 97-183.

ofrece consejos sino que impone mandatos, el ser humano es un ser racional que se sentirá más y mejor dispuesto a cumplir los preceptos del ordenamiento jurídico si entiende el sentido de los mismos porque le han sido explicados de forma adecuada, correcta y, por qué no, agradable<sup>21</sup>. De cualquier manera es preciso aclarar que si bien el *movere y el docere* son elementos de los que no puede prescindir un buen discurso jurídico, el *delectare* es en realidad un valor añadido aunque yo personalmente lo juzgo de gran utilidad e importancia.

Hasta aquí hemos expuesto una definición de Retórica, y hemos hablado de las partes de un buen discurso, así como de los efectos que éste debe producir en quien lo escucha si está bien elaborado. Pero no hemos tratado un aspecto importante del conjunto. Me refiero al propio orador o rétor. Y es que en realidad de poco sirve la elaboración de un discurso perfectamente construido, rigurosamente estudiado y hasta memorizado si quien lo expone carece de las cualidades esenciales para ser un buen orador. Y es que en realidad son precisas diferentes cualidades para acreditar un buen *talento oratorio*. Porque “el hombre elocuente huye de la aridez del estilo didáctico, porque no basta que sea magnífico, alto y sólido un pensamiento, si no es felizmente expresado”<sup>22</sup>. Es preciso que el jurisprudente trate de ser buen orador y para conseguirlo necesita conjugar la *razón y el corazón*. La primera para convencer y la segunda para conmover y mover a la acción. Sólo de esta manera, con el concurso de ambas potencias, el jurisprudente podrá completar de forma conveniente los tres efectos que debe producir en quien lo escucha un buen discurso forense<sup>23</sup>.

La verdadera elocuencia es un bien escaso y difícil de alcanzar porque supone la concurrencia de otras ciencias y artes. Entre ellas es imprescindible un buen dominio de la *Gramática* tan escaso en nuestros días. También son convenientes conocimientos de *Lógica deductiva e inductiva* para formar los argumentos sobre los que sustentar las pretensiones. Igualmente se requieren conocimientos de *Historia* especialmente para poder tomar base en el pasado, sobre todo si este quiere ponerse como ejemplo del futuro. No es posible olvidar ciertas nociones al menos de *Filosofía Moral* y de *Psicología* a fin de poder

<sup>21</sup> Para conseguir esta finalidad es necesario que el jurista domine además la palabra y su uso. Un estudio interesante sobre este tema lo ofrece MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, A., en *El lenguaje del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2000.

<sup>22</sup> CAPMANY, A., *Filosofía de la Elocuencia*, Librería Ateneo de Buenos Aires, 1942, p. 39.

<sup>23</sup> Recordemos que desde CICERÓN se ha mantenido que son *docere, movere y delectare*.



penetrar de la mejor manera posible en el corazón de quien escucha e incluso no es desdeñable una cierta dosis de *Poesía* o en general cualquier arte plástica que ayude a formar el sentido estético tan *demodé* en nuestros tiempos. Y a todos estos elementos por supuesto hay que añadir el conocimiento técnico y exacto de la materia de la que se quiere hablar o cuyo mensaje comunicativo se quiere transmitir. En el caso que nos ocupa, esta materia está formada principalmente por la Jurisprudencia entendida no sólo como conjuntos más o menos completos de leyes y sentencias, sino en un sentido más amplio como el conjunto de experiencias jurídicas cuyo conocimiento y aplicación permiten al ser humano desarrollar su vida en una situación de paz y orden que resulta de la adecuación a la justicia.

Un buen orador es a mi juicio una persona que sabe trasladar un mensaje a un público de forma que éste no sólo capte el contenido del mismo sino que lo escuche con agrado y se sienta motivado para realizar una conducta o abstenerse de su realización, de acuerdo con las pautas que le han sido previamente transmitidas por el orador. Indudablemente hay personas que tienen más cualidades que otras para la realización de esta función, igual que para cualquier otra. Sin embargo, y salvando esta “ventaja inicial”, lo cierto es que el orador nace pero fundamentalmente se hace, porque la elocuencia y el dominio de la Retórica no se produce por ciencia infusa, sino que es en realidad el resultado de una ardua preparación<sup>24</sup>.

La *sabiduría o conocimiento* del tema a tratar es una parte esencial para poder transmitirlo de la forma adecuada. Ya hemos tenido ocasión de manifestarlo en este trabajo cuando hablábamos de la estructura y efectos del discurso. Ahora me refiero a la necesidad de sabiduría como una cualidad del orador. El orador que no sabe de qué está hablando, que no se ha informado previamente del tema expondrá éste de una forma dubitativa e insegura, y además se arriesgará a producir discursos vacuos, aburridos o prepotentes porque el ingenio y la imaginación aunque son importantes en un buen discurso, no pueden en ningún caso suplir la necesaria información sobre el contenido que se quiere transmitir.

---

<sup>24</sup> Como afirmaba OSSORIO GALLARDO, A., en *El alma de la toga*, Porrúa, México, 2005, p. 75: “Se puede ser o no ser abogado, pues nadie nace por ley natural obligado a serlo; pero ya de serlo, serlo bien. Y si no hay otra manera de ser abogado sino usando la palabra, empleémosla como corresponde. Con dignidad. Con pulcritud. Con eficacia”.

Además de *sabiduría*, el buen orador debe tener una cierta dosis de *imaginación*, entendida ésta como la capacidad del ser humano de representarse en su mente las cosas visibles o materiales. Esta facultad depende en gran parte de la memoria y de la inteligencia. Y es muy necesaria y útil si se la sabe utilizar con medida para trasladar al oyente al escenario que se está describiendo, a fin de dar más fuerza a la necesidad de realización de una conducta. Sin embargo es peligrosa si se abusa de ella, porque el resultado puede traducirse en discursos cargados de superfluidad y de efectos alejados de la realidad que por puramente increíbles muevan a la sonrisa despreciativa cuando no a la abierta hostilidad.

Junto con estas virtudes tampoco debe olvidar el buen orador el *gusto* entendido como discernimiento, tacto y vista para descubrir donde están las cosas que deben ser ensalzadas y por el contrario aquellas otras que conviene que permanezcan en un segundo plano. Para alcanzar la madurez que puede conducir a la perfección el buen orador debe atender especialmente al auditorio al que va dirigido su mensaje. Debe saber para quien va a hablar o a escribir porque no es lo mismo transmitir un mensaje en un momento o en otro, en un país o en otro, en un momento histórico o en otro, en determinadas circunstancias en las que los oyentes estén involucrados, o sin que el contenido afecte sustancialmente los intereses de ninguna de las personas que estén escuchando.

Un buen orador debe ser capaz de identificarse con los sentimientos de las personas que lo escuchan, con el júbilo o el dolor que experimentan en un momento dado; con la alegría, tristeza, miedo, o extrañeza que les puede producir el mensaje que van a escuchar. Y tendrá *gusto* si es capaz de manejar esa situación de manera que no ofenda, escandalice o asuste a quienes le escuchan, sino que por el contrario suscite en ellos el sentimiento de sentirse comprendidos, apoyados o guiados en la búsqueda de una solución a un problema que les aqueja.

En todo este proceso de transmisión también suele ser interesante poseer ciertas dotes de *ingenio*, entendido éste como la virtud del ánimo y natural disposición, nacida con nosotros mismos, y no adquirida por arte o industria, que nos hace hábiles para culminar diferentes empresas con éxito. Comúnmente utilizamos el vocablo ingenio para referirnos al talento sobresaliente que puede poseer una persona referido a cualquier manifestación de arte.

Todo lo anterior debe ir acompañado por unas dotes físicas concretas que se individualizan en el tono y la intensidad de la voz, la capacidad de modulación de los sonidos y los cambios de color de la voz, sin olvidar por supuesto todo el aparato gestual que es también de suma importancia. Se trata de captar la atención de quien escucha y de producir en el oyente una sensación determinada que lo mueva a hacer algo o a abstenerse de hacerlo. Por eso es importante igualmente la “puesta en escena” del discurso ya debidamente construido. Aquí de nuevo hay que buscar la armonía y la proporción en la forma de manifestar las ideas. Conviene controlar al auditorio con la vista porque las personas que miran de frente y son capaces de mantener la mirada suscitan un grado importante de confianza en quien las escucha que no es nada desdeñable en un jurista. Esa confianza se ve acrecentada con el *estilo* del orador. El *estilo* se concreta en elementos tan importantes como la claridad de la exposición, naturalidad de la forma de expresión, facilidad de palabra y sonora pronunciación, variedad de los elementos utilizados para crear y mantener la atención del auditorio, precisión y concisión en el mensaje que se quiere trasladar, y desde luego, control del tiempo de intervención para no llegar al límite de cansar a su auditorio de manera que deje de prestarle atención, anulando con ello el posible efecto beneficioso que podría haber conquistado.

Todos estos elementos muestran una cara positiva de la Retórica que la presenta como una ciencia, un arte o una técnica. Es la técnica del bien hablar, la ciencia del uso preciso de los argumentos contruidos previo estudio serio y pormenorizado de las posibilidades de actuación y el arte de la fluida comunicación. Sin embargo esta visión debe ser matizada o al menos comparada con la cara negativa del tópico porque sólo admitiéndola, y estudiando sus efectos perniciosos, será posible corregirla aportando con ello una visión última y más acabada del buen uso de este arte.

La visión negativa de la retórica, o del arte del bien hablar arranca posiblemente de la filosofía griega, más concretamente de la época de los sofistas que aparecen en el siglo V a. C. El ambiente que se vive en ese momento es de una actitud profundamente crítica y antidogmática fruto de una confianza extrema en la razón, que lleva a los sofistas a asumir una posición relativista tanto en el campo del conocimiento como en el de la moral<sup>25</sup>. El resultado

---

<sup>25</sup> Es famosa la frase PROTÁGORAS que afirma que “el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto que son y de las que no son en cuanto que no son”.

fue que en la *pólis ateniense*, después de las reformas producidas primero por CLÍSTENES y después por EFIALTES Y PERICLES, todos los ciudadanos podían participar en los poderes de la ciudad y consecuentemente en las funciones legislativas, administrativas y judiciales. De suerte que todos los ciudadanos participaban activamente en la resolución de los problemas políticos y el resultado favorecía indefectiblemente al que fuera más hábil y experto en el arte de la palabra. Al más capaz para convencer en las asambleas de la *EKKLESÍA* (asamblea general del pueblo) en la *BULÉ* (Consejo de los Quinientos), o en los tribunales como la *ELIEA*, compuestos por ciudadanos nombrados por sorteo<sup>26</sup>.

En este estado de cosas no importaba la justicia, la verdad, la razón o la moralidad. Sólo importaba ser más hábil, hablar mejor, tener mayor capacidad de convicción. Así comenzó a proliferar el razonamiento capcioso que no se preocupaba de la búsqueda de la verdad sino únicamente del perfeccionamiento del método. Los sofistas usaban la palabra para persuadir, de suerte que llamaban a su arte “conducción de almas”<sup>27</sup>. Así se fue degradando el arte de la retórica y de la dialéctica porque ya no existía interés por la verdad sino deseo puramente subjetivo de “ganar con el uso de la palabra” fuera cual fuera el contenido de lo que se decía<sup>28</sup>.

Esta idea se mantuvo durante los siglos, en realidad creció siempre agazapada y fuertemente unida, al amparo de la cara positiva de la Retórica de modo que pareciera que la una no podía subsistir sin la otra. Por eso no nos sorprenden manifestaciones como ésta: “los abogados y profesionales de la persuasión, emplean a menudo un modo de expresarse que es todo lo contrario (a las frases cortas, claras y sencillas); al diálogo vivo y cortado sustituye el monólogo cerrado; el estímulo vivificante de las objeciones queda suprimido

<sup>26</sup> Información muy clara sobre este período histórico en FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol 1. Antigüedad y Edad Media, Pirámide, Madrid, 1982, pp. 29 ss.

<sup>27</sup> Este pensamiento se bifurca posteriormente en dos direcciones principales: el relativismo jurídico filosófico y la oposición del derecho positivo al derecho natural. Más información sobre este período histórico en PUY, F., *Tratado de Filosofía del Derecho*, Tomo I. *Concepto, método y fuentes de la Filosofía del Derecho. Libro 1. Evolución histórica*, Escelicer, Madrid, 1972, pp. 53 ss. También en VERDROSS, A., *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, Universidad Nacional Autónoma del México, México, 1983, pp. 31 ss Y TRUYOL SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. I. De los Orígenes a la Baja Edad Media*, Alianza Universidad Textos, 8ª ed., Madrid, 1987, pp. 121. ss.

<sup>28</sup> Y de ahí la palabra “sofística” pasó a merecer el sentido peyorativo que hoy se le da. Información interesante sobre este período de la historia en HIRSCHBERGER, J., *Historia de la Filosofía*, Tomo 1, Biblioteca Herder, Barcelona, 1968, pp.71 ss.

o aplazado; es elocuentísimo aquel que consigue, sin perder el aliento, pronunciar largos períodos, aunque desde la primera palabra todos hayan comprendido a dónde quiere ir a parar. Se insiste largamente sobre aquello en que todos están de acuerdo; se llenan los vacíos del pensamiento con ornamentos retóricos inútiles o falaces. La interrupción es una ofensa; cada cual habla para sí, fijando su esquema mental, como un equilibrista que no aparta los ojos de la silla que oscila sobre la punta de su nariz. Este modo de razonar que es la negación del que emplean para hablar entre sí las personas razonables, es el que algunos llaman “oratoria forense”<sup>29</sup>.

Estas palabras dichas por un gran jurista italiano sin duda cansado del uso negativo de la Retórica en contra de la claridad y en detrimento de la justicia, ponen de manifiesto uno de los vicios que debe ser subsanado en la práctica forense<sup>30</sup>.

Pero existen algunos más, como por ejemplo el empleo de la Retórica para trasladar mensajes que se producen sin previa preparación y que por tanto pueden resultar hermosos en la forma pero carentes de fondo, vacuos o vacíos<sup>31</sup>. Son mensajes que en ocasiones abusan de la imaginación y del ornato externo con la única finalidad de ocultar su falta de preparación y carencia de solvencia. En estos casos la Retórica en realidad se transforma en una antiretórica.

También el abuso de la Retórica tiene consecuencias perniciosas y por lo tanto muestra una de sus caras negativas cuando el orador no sabe controlar el tiempo y abusa de la paciencia de quien le escucha. En esos casos la excesiva prolijidad molesta de nuevo la finalidad de la Retórica como medio de comunicación de un mensaje para alcanzar la pacificación de una relación en la búsqueda de la justicia.

<sup>29</sup> CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces*, Librería “El Foro”, Buenos Aires, 1997, pp.97-98.

<sup>30</sup> Estos abusos pueden llegar a legitimar la opinión manifestada por CALAMANDREI, en su op. cit, p. 100 y que no compartimos, en la que dice que en las Facultades de Derecho no es necesario instruir a los jóvenes en la elocuencia forense, como en las antiguas escuelas retóricas. Los estudios jurídicos deben servir para estimular el pensamiento; cuando éste es ágil y rápido, el lenguaje brota por sí solo.

<sup>31</sup> Dice BANDIERI, L., en *La mediación tópica*, El Derecho, Buenos Aires, 2007, p. 115, que en algunos casos la expresión Retórica suele utilizarse con sentido peyorativo, “pura Retórica”, equivale, en lenguaje común, a “puro verso”, discurso vacío, bla, bla, bla... estamos habituados a la sugestión y manipulación por la palabra y la imagen. Vivimos bañados en la retórica de la publicidad.

Pero sin duda alguna el caso más grave en el cual la Retórica sirve precisamente para cumplir la función contraria para la que fue concebida aparece cuando a través de las palabras bellamente dichas lo que se busca y se consigue en no pocas ocasiones, es engatusar al poco avezado engañándolo. Son muy ilustrativas las palabras de OSSORIO cuando afirma que “alguien, teme que existan profesiones caracterizadas por una inmoralidad intrínseca e inevitable, y que, en tal supuesto, la nuestra fuese la profesión tipo... El muchacho listo es la más común simiente de abogado porque se presume que su misión es defender con igual desenfado el pro y el contra y, a fuerza de agilidad mental, hacer blanco lo negro”. Pero el mismo abogado madrileño se contesta diciendo “si la abogacía fuera eso, no habría menester que pudiera igualarla en vileza. Incendiar, falsificar, robar y asesinar serían pecadillos veniales si se les comparaba con aquel encanallamiento... Por fortuna ocurre todo lo contrario. La abogacía no se cimienta en la lucidez del ingenio, sino en la rectitud de la conciencia”<sup>32</sup>.

Ya no es necesario continuar. He definido la Retórica, he mostrado sus reglas de uso de manera que pueda producir el efecto deseado. He destacado el papel de un buen orador en todo el proceso y me he detenido igualmente en exponer algunas de los más habituales abusos de utilización que por lo mismo muestran la cara negativa del tópico. Teniendo todo esto presente creo que las luces superan a las sombras y por eso reivindico la necesidad de prestar mayor atención a la Retórica como ciencia, técnica y arte imprescindibles en la formación de los juristas del siglo XXI potenciando sus efectos positivos y tratando de corregir los negativos siempre en un mejor servicio a la justicia.

#### 4. Argumentación jurídica

El término *argumentar* del latín *argumentare* significa sacar en claro, argüir. También tiene el significado de probar, descubrir, aducir, alegar, poner argumentos. A su vez los *argumentos* son los razonamientos que se emplean para probar o demostrar una proposición, o para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega. De acuerdo con esta imagen que arroja el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la argumentación jurídica es la

---

<sup>32</sup> OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma de la toga*, op. cit, p. 19. Obsérvese que la palabra abogado es utilizada por el autor, referida al jurista en general.

ciencia que se ocupa de explicar las razones por las cuales se elige una determinada manera de aplicación del Derecho.

Este significado inicial es completado y aclarado por Puy que define la argumentación jurídica como “el discurso por el que un jurista que ve claramente la verdad de la tesis “esto pertenece a éste”, explica o aclara o ilumina tal proposición a otra u otras personas que no la entienden de una forma clara y precisa, hasta que las convence de que tal derecho existe y que deben proceder respetándolo”<sup>33</sup>.

Cuando argumentamos “realizamos una operación que se apoya sobre un enunciado asegurado (aceptado)- el argumento- para llegar a un enunciado menos asegurado (menos aceptable)- la conclusión-. Argumentar es dirigir a un interlocutorio un argumento, es decir una buena razón para hacerle admitir una conclusión e incitarlo a adoptar los comportamientos adecuados”<sup>34</sup>.

La función de argumentar se convierte en un arte o técnica especialmente práctico porque como asegura PERELMAN, “el fin de una argumentación no es deducir las consecuencias de ciertas premisas, sino provocar o aumentar la adhesión de un auditorio a las tesis que se someten a su asentimiento”<sup>35</sup>.

Pero lo mismo que le sucedía a la Retórica, la argumentación no es únicamente una ciencia, sino principalmente un arte y una técnica. Y una técnica por cierto muy útil y poco conocida. Por eso debe ser estudiada. En la actualidad su estudio se enfoca fundamentalmente desde dos puntos de vista, el teórico y el práctico. Desde el primer punto de vista, un estudio teórico de la argumentación proporcionará a quien lo realice conocimientos sobre las distintas teorías de la argumentación en general y de la argumentación jurídica en particular. Teorías todas ellas muy interesantes sin duda, pero las más de las veces, con poca trascendencia práctica.

Por el contrario un estudio práctico de la argumentación prescindirá de grandes modelos y proporcionará a quien lo propugne un conocimiento de las reglas, tipos y aplicaciones de la argumentación. Es decir enseñará a

<sup>33</sup> PUY MUÑOZ, F., *La expresión “argumentación jurídica” y sinónimas. Un análisis tópico*, en *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación* (Ed. a cargo de F. Puy y J. Portela), Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 99.

<sup>34</sup> ANDRUET, A. S., *Teoría general de la argumentación forense*, Alveroni Ediciones, Córdoba (República Argentina), 2003, p. 49.

<sup>35</sup> PERELMAN, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Vrin, París, 1977, p. 23.

construir y utilizar argumentos<sup>36</sup>. Ambos tipos de conocimientos, el teórico y el práctico, son útiles y necesarios para un jurisprudente y serán tratados en este trabajo de forma breve. Sin embargo yo prefiero llamar la atención sobre el segundo, sobre el estudio práctico, sobre el saber hacer. Lo prefiero, no porque considere que el saber teórico sea innecesario, sino porque entiendo que el conocimiento práctico, el saber hacer, está más olvidado en los actuales planes de estudio. Y ése es el motivo por el cual reivindico su necesidad, especialmente en la coyuntura de la construcción de un nuevo espacio de educación superior.

Sea como fuere y con independencia del hecho de poner el acento en un tipo de conocimiento o en el otro, lo cierto es que ambas formas de conocimiento, teórico y práctico, se complementan. Forman un todo inescindible hasta el punto de que cada una de estas formas de conocimiento se apoya y da razón de ser a la otra<sup>37</sup>. De hecho la argumentación jurídica “nunca puede ser definida como un producto fruto del análisis teórico y solitario de los argumentos, sino como una forma interactiva de proceder, un procedimiento dialéctico, un proceso interpersonal de justificación, donde cobran el mayor relieve los recursos inteligentes y las estrategias retóricas y argumentativas”<sup>38</sup>.

En la concepción tradicional de la argumentación jurídica que procede de QUINTILIANO y de CICERÓN, existen fundamentalmente dos tipos de argumentaciones que se han conocido a lo largo del tiempo respectivamente con los nombres de *argumentación racional* y *argumentación legal*. Ambos tipos de argumentaciones son válidas para resolver los problemas del Derecho. De hecho ambas se complementan porque ofrecen facetas diferentes de un mismo arte. La *argumentación legal* es la que se realiza tomando pie de los preceptos establecidos en las normas jurídicas. Se basa en las leyes y toma su fuerza exclusivamente de ellas. Su valor persuasivo es grande porque la fuerza del argumento viene avalada por el hecho de estar incluido dentro de un texto

---

<sup>36</sup> Estoy de acuerdo con Anthony WESTON cuando afirma en el Prefacio de su libro titulado *Las claves de la argumentación*, cuya primera edición fue editada por Ariel en Barcelona en 1994, que “a menudo los estudiantes y los escritores no necesitan extensas explicaciones introductorias, sino tan sólo una lista de recordatorios y reglas”.

<sup>37</sup> He hablado de este tema en OTERO PARGA, M., “La enseñanza del Derecho en España”, *Lex Tantum. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac de Xalapa*, Tomo 1, Vol 1, 2004, pp.132-154.

<sup>38</sup> Concha CALONJE recoge esta definición en la página 24 de su obra titulada *Técnica de la Argumentación Jurídica*, publicada en Pamplona en 2007 por la editorial Thomson-Aranzadi.



legal. La argumentación legal estudia las diferencias de interpretación de la ley que se pretende aplicar a los hechos concretos.

La *argumentación racional* se utiliza en cambio para resolver las diferencias de valoración de los hechos, y es necesaria para justificar la relatividad valorativa en todo lo que se refiere a la relación entre el conflicto y el autor del mismo.

Estos dos son los modelos teóricos generales que se han utilizado desde la antigüedad. En la actualidad han ido surgiendo otros modelos o escuelas teóricas de argumentación jurídicas, que introducen ligeras variantes. En un trabajo como el que ahora estoy desarrollando no es posible referirse a todas las teorías actuales de Argumentación Jurídica. Elijo por tanto únicamente tres de ellas con amplia repercusión y múltiples seguidores. Y aún dentro de esta necesaria reducción me contentaré prácticamente con enunciar las teorías elegidas identificándolas en función de sus más conspicuos representantes<sup>39</sup>.

- 1) La teoría de la argumentación jurídica de Aulis AARNIO.
- 2) La teoría de la argumentación jurídica de Robert ALEXY.
- 3) La teoría de la argumentación jurídica de Chaim PERELMAN.

La teoría de AARNIO<sup>40</sup> está próxima a la corriente analítica de pensamiento según el mismo reconoce<sup>41</sup>. Se proclama deudora del pensamiento de PERELMAN y de HABERMAS<sup>42</sup>. De PERELMAN toma entre otras cosas su noción de auditorio. Y de HABERMAS, la de racionalidad comunicativa.

La teoría de AARNIO, parte de la base de que todo texto legal es susceptible de ser interpretado de formas diferentes. No existe una única interpre-

<sup>39</sup> Soy consciente de que existen otros modelos de argumentación jurídica importantes que cabrían desde luego en un epígrafe de estas características. Razones de economía de tiempo y de espacio así como la imposibilidad real de referirnos a todos ellos en un trabajo de estas características cuyo tema fundamental de estudio no es exclusivamente el de argumentación jurídica, impiden su tratamiento.

<sup>40</sup> Expuesta entre otras obras en: "Linguistic Philosophy and legal theory. Some problems of legal argumentation", *Rechtstheorie*, Beiheft 1, (1979) y comentada por J. M. CABRA APALATEGUI, en su obra *Argumentación Jurídica y Racionalidad en A. Aarnio*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000.

<sup>41</sup> En una entrevista publicada en la revista *Doxa*, vol 1. (1998), 21, p. 434.

<sup>42</sup> Aunque según expone Pedro RIVAS en su artículo La razonabilidad jurídica. Entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación Jurídica de Aulis Aarnio, en *De la Argumentación Jurídica a la Hermenéutica*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 14, también toma de WITTGENSTEIN conceptos prestados como forma de vida, uso del lenguaje o parecido de familia.

tación en ningún caso porque la experiencia jurídica no puede ser interpretada de modo deductivo matemático y formal. Por eso hay que estar al caso concreto tratando de analizar las situaciones concretas que lo acompañan y le prestan su especificidad. A mayor abundamiento, la interpretación que se debe hacer de cada caso particular está muy en relación con el auditorio que debe ser convencido, y en relación con el cual es fundamental la búsqueda del consenso; consenso que solo se puede alcanzar después de la realización de una argumentación racional, dotada de grandes dosis de persuasión y referida a una concreta “forma de vida”. Esta propuesta admite un alto grado de relativismo que no parece inquietar a su creador el cual está interesado en cambio, en tratar de controlar la posible arbitrariedad que parece dejar abierta la aplicación estricta de su teoría.

La segunda de las teorías propuestas es la de Robert ALEXY<sup>43</sup>. Él concibe su teoría de la argumentación jurídica como una teoría de la fundamentación jurídica en la que tiene un gran protagonismo el “discurso racional”, basado en lo que denomina “racionalidad práctica”, la cual proporciona dentro de su concepción una alta carga de seguridad jurídica a la argumentación jurídica<sup>44</sup>.

Su teoría pretende poner en relación aspectos reales e ideales y por eso se mueve en tres niveles: el filosófico, el político y el jurídico. Igualmente presta una atención grande a las relaciones Derecho y Moral. El resultado de la concurrencia de todos estos elementos, proporciona su teoría de la argumentación jurídica que surge según el mismo explica con la intención de elaborar “un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho”. Para ALEXY, toda argumentación encierra dentro de sí una actividad lingüística, un discurso en suma, cuya pretensión fundamental es constatar la corrección de los enunciados o proposiciones normativas. Este discurso está regido por multitud de reglas, veintidós concretamente reunidas en cinco grupos<sup>45</sup> a los que se suma un sexto compuesto por seis formas de argumen-

<sup>43</sup> Fundamentalmente expuesta en su obra *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

<sup>44</sup> Estudió este tema en profundidad José Antonio SEOANE, en su artículo titulado Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación Jurídica de Robert Alexy, incluida en la obra colectiva titulada *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, cit, pp. 47-121.

<sup>45</sup> Estos cinco grupos se denominan genéricamente así: las reglas fundamentales, las reglas de razón, las reglas sobre la carga de la argumentación, las reglas de fundamentación y las reglas de transición.

tos. La observancia de estas reglas y argumentos produce un aumento de la probabilidad de lograr un acuerdo en las cuestiones prácticas, pero no garantiza que pueda obtenerse un acuerdo para cada cuestión, ni que el acuerdo alcanzado sea definitivo o irrevocable.

La aplicación rigurosa de todas estas reglas y argumentos no puede impedir conducir la noción de racionalidad de ALEXY a un concepto artificial de racionalidad que dificulta sobremanera la posibilidad de defender en cada caso la fundamentación únicamente racional de las decisiones jurídicas.

El tercer y último modelo seleccionado es el de Ch. PERELMAN<sup>46</sup>. Dice este autor que es preciso hacer aceptables las decisiones de la justicia, y por eso se hace indispensable el recurso a las técnicas argumentales. Es imprescindible tratar de motivar las decisiones mostrando su conformidad con la legislación en vigor a fin de que la solución adoptada en cada caso concreto sea la mejor de las posibles. El problema se complica porque según PERELMAN, el derecho tal y como se encuentra establecido en los textos legales promulgados y formalmente válidos, no refleja necesariamente la realidad jurídica. Y esto es grave porque la paz judicial solo se restablece definitivamente cuando la solución más aceptable socialmente va acompañada de una argumentación jurídica suficientemente sólida. Y por eso la búsqueda de tales argumentos, merced a los esfuerzos conjugados de la doctrina y de la jurisprudencia, favorece la evolución del derecho.

La función de juez se transforma, adquiere una dimensión creativa y el derecho se convierte en algo flexible capaz de adaptarse a los valores presentes en la *litis*. El juez debe hacer un ejercicio de conciliación entre los valores que están en la sociedad y que debe tratar de salvar en aras de la justicia y las leyes establecidas, de manera que legalidad y razonabilidad de la decisión resulten perfectamente posibles. Para este autor el papel de la lógica formal es hacer que la conclusión aparezca como único resultado posible de acuerdo con las premisas manejadas. Pero el papel de la lógica jurídica es diferente y más complicado, ya que exige mostrar la aceptabilidad de las premisas. Por eso en el pensamiento de PERELMAN adquiere una gran relevancia la argumentación, porque las partes que se oponen deben hacerse oír y explicar las motivaciones que les mueven, a fin de que el juez pueda tratar de conciliarlas, y así se va produciendo, sin prisa pero sin pausa, el proceso dialéctico de formación del Derecho que está siempre *in fieri*.

<sup>46</sup> Expuesto entre otras en su *Lógica Jurídica y nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.

Como puede apreciarse en el bosquejo que hemos realizado de tres de las teorías de argumentación jurídica con más predicamento en la actualidad, existen muchas posibilidades de estudio de este tema. Como queda dicho no podemos abordarlas en este momento porque cada una de ellas posee un sin fin de particularidades que hacen que su estudio pormenorizado pueda ser materia de otros tantos trabajos doctrinales de gran enjundia. Pero sí conviene resaltar el hecho de que pese a la inclusión de distintos elementos nuevos de análisis tales como el “auditorio” o el “consenso”, las actuales teorías de argumentación jurídica pueden englobarse, en las categorías tradicionales racionales y legales, aunque en muchos casos participan en algún grado de las condiciones de ambas, que no tienen por qué ser necesariamente excluyentes. Las primeras, las teorías racionales, toman más en cuenta los valores protegidos (PERELMAN); las segundas, las teorías legales, se ocupan más de la aplicación formal y matemática de la ley (ALEXY). Otras como la de AARNIO participan en parte de ambas.

En lo que sí coinciden todas las teorías actuales, y desde luego la Filosofía del Derecho en general, es en la necesidad de prestar un alto grado de atención a la argumentación jurídica, porque es preciso dotar a la aplicación del Derecho de flexibilidad y justificación a fin de que sea mejor entendido y más respetado por los seres humanos racionales que deben vivir de acuerdo con sus normas. Todas estas son exigencias de las democracias actuales que viven en Estados de Derecho y que han comprendido la idea que MAQUIAVELO exponía en *El Príncipe*<sup>47</sup>, cuando afirmaba que los seres humanos pueden regirse por leyes o por la fuerza. Y que era más conveniente que lo hicieran por la primera vía, pero siempre que, añadido yo, esas leyes tengan validez no solo formal sino también material, respetando el sentir del pueblo y la búsqueda de la justicia. Porque de otro modo aún con nombre de ley, el mandato supondría simplemente un ejercicio de fuerza.

El estudio precedente ha revelado algunas de las teorías actuales de la argumentación jurídica. Nos ha mostrado por tanto el aspecto teórico del problema. Pero esta visión quedaría lastimosamente incompleta si no dedicáramos un poco más de espacio al estudio práctico. Porque de nada sirven las grandes teorías, si éstas no se ponen en práctica, si no soportan el duro

---

<sup>47</sup> “Es menester que sepáis que hay dos modos de defenderse; uno con las leyes y otro con la fuerza. El primero es el que conviene a los hombres; el segundo pertenece esencialmente a los animales”. MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, XVIII.

examen de la realidad de la experiencia jurídica. De nada sirve saber cómo se podría realizar una buena argumentación exponiendo de forma precisa y ordenada los pasos a seguir, si quien debe hacerla no sabe realizarla. Por eso, para que este trabajo concluya de la forma adecuada, es necesario prestar un poco de interés aún al estudio de los argumentos concretos.

He de advertir de nuevo que debo ser restrictiva en la selección y presentación de los diferentes tipos de argumentos. Por eso y en aras a la brevedad procedo ya sin más dilación a exponer algunos de los más comúnmente utilizados.

En cualquier discurso jurídico se pueden utilizar infinidad de argumentos<sup>48</sup>. En realidad casi tantos como sea capaz de imaginar y poner en práctica quien defiende una posición y quiere convencer a otra u otras partes de la corrección de la misma. No obstante lo dicho, los argumentos se pueden ordenar genéricamente en dos grandes grupos, que son los *argumentos lógicos y los retóricos*. Los primeros, los *lógicos*, se identifican por mostrar una proposición (descriptiva) como verdadera o falsa. Mientras que los segundos, los *argumentos retóricos*, se ocupan de presentar la proposición (valorativa o normativa) como razonable o irracional.

El discurso jurídico se vale de ambos componentes. De los lógicos para probar las cuestiones de hecho. Y de los retóricos porque las proposiciones legales no son verdaderas o falsas, sino adecuadas o inadecuadas, justas o injustas, razonables o no. No obstante lo dicho, el discurso jurídico necesita también conocer algunos otros modos de razonar. Por eso ofrezco estos cuatro tipos de argumentos que son los que en mi opinión, que por supuesto someto a cualquier otra mejor fundada, son más útiles a los juristas:

- 1) Argumentos lógicos o silogísticos
- 2) Argumentos tópicos o prudenciales

---

<sup>48</sup> Entre ellos los más conocidos son: argumentos mediante ejemplos (ejemplo, semejanza, analogía, metáfora, autoridad), argumentos acerca de causas, argumentos deductivos, falacias, argumentos rigurosos (de incompatibilidad, transitividad, reciprocidad, simetría, del todo sobre las partes, de la regla de justicia, de la división del todo en sus partes, de ironía, de definición, de dilema), argumentos de probabilidad (comparación, estadística, pragmático, causa y efecto, fin y medios) etc. Más información en: CALONJE, C., *Técnica de la Argumentación Jurídica*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007. WESTON, A., *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994. Por lo que se refiere a la argumentación concreta de cada uno de los operadores jurídicos, ver: PUY MUÑOZ, F & PORTELA, J., *La argumentación de los operadores jurídicos*, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2005.

- 3) Argumentos probatorios o retóricos
- 4) Argumentos refutatorios o dialécticos

Dentro de los *argumentos lógicos* destaca el *silogismo* que es un razonamiento que se basa en una premisa mayor, una menor y una conclusión extraída de las dos anteriores<sup>49</sup>. Y aún dentro de estos argumentos podemos hacer alguna precisión más en favor del *entimema* como argumento más utilizado por los juristas. Esta figura constituye un silogismo abreviado que se construye con dos premisas. Una que se prueba y otra que queda en realidad sobreentendida, de forma que el argumento se construye sobre dos únicas premisas —antecedente y consecuente— en vez de sobre las tres que utiliza el silogismo canónico<sup>50</sup>.

Los *argumentos tópicos o prudenciales* son los que utilizan el *arte tópico* como fuente de inspiración. Su principal elemento son los tópicos entendidos como lugares comúnmente conocidos y aceptados con profundo valor de convicción. Los tópicos más usados son los de *persona o personalidad, circunstancias, palabras, leyes, sentencias y presunciones*<sup>51</sup>.

Los argumentos probatorios o retóricos son los que toman su fuerza fundamentalmente de las pruebas. Las pruebas son justificaciones dirigidas a mostrar la adecuación de los hechos discutidos en un conflicto jurídico con la calificación jurídica o moral que se quiere realizar de los mismos. Para que sean legales deben ser extraídas únicamente de los lugares y con los medios que las leyes procesales autorizan. Los tipos de prueba más utilizados en la argumentación jurídica son seis: prejuicios, consenso, piezas o testimonios documentales u orales, vestigios o evidencias circunstanciales y ejemplos o casos análogos ya acaecidos<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Existen muchos tipos de silogismos. Vemos alguno de ellos: "el que matare a otro será condenado como reo de homicidio (premisa mayor), Juan mató a Pedro (premisa menor) luego Juan será condenado como homicida (conclusión).

<sup>50</sup> Por ejemplo: El acusado fue detenido robando *in fraganti*. Por tanto es un ladrón.

<sup>51</sup> Un ejemplo de argumentación tópica o prudencial sería el del abogado que basa su defensa de un acusado de violación en un certificado médico que demuestra que está sometido a un tratamiento farmacológico que le produce impotencia e inhibición del deseo sexual.

<sup>52</sup> Un ejemplo de argumentación probatoria de pieza o testimonio sería aquella en la que el orador localiza un caso similar al que está defendiendo ocurrido en el paso. Sabe que es un acontecimiento muy conocido y que ha dejado profunda huella en sus oyentes. Entonces lo relata de nuevo buscando las similitudes con el caso actual y advirtiéndole de que el resultado que va a producir será idéntico al ya producido en el pasado. En este caso la tópica utilizada es histórica.

Por último los argumentos refutatorios o dialécticos son los que se centran en rebatir la posición de quien se opone a sus pretensiones. En este tipo de argumentos el orador no siente preocupación tanto por probar su propia teoría o tesis, sino en dismantelar la del otro, con la finalidad de que esa actitud produzca el efecto deseado que no es otro que el triunfo de su propio posicionamiento. Para utilizar este tipo de argumentación con provecho es necesario seguir estos dos pasos: exposición del conjunto de razones en contra de la posición contraria y, segundo, aportar las pruebas que sustentan dicha exposición<sup>53</sup>.

## 5. Conclusiones

Siguiendo la estela del trabajo que ahora concluye y utilizando una argumentación de carácter probatorio podemos concluir afirmando las siguientes premisas que espero hayan quedado debidamente documentadas:

1. La Retórica es una ciencia, arte o técnica con una grande e importante tradición en el pasado. Su finalidad es la utilización de la corrección y hasta la belleza del lenguaje para la realización del discurso. La Retórica Jurídica es la ciencia, técnica o arte que consiste en el dominio oral y escrito de la palabra, los gestos y la expresión escrita utilizadas ambas con la finalidad de obtener una mejor y más justa aplicación del Derecho.

2. La Argumentación es la técnica de la utilización adecuada de los argumentos. Su finalidad es proporcionar la explicación que justifica la aplicación del derecho en un determinado sentido. La Argumentación Jurídica es un tipo de discurso a través del cual un jurista, que quiere conseguir algo, explica esa proposición a otro u otros, tratando de aportar las pruebas que inclinen a los otros a aceptar su posición como la adecuada y por lo tanto asuman el mandato que contiene.

---

<sup>53</sup> Un ejemplo de argumentación refutatoria sería aquel en el que un juez sentencia a favor de uno de los encausados exponiendo las razones por las cuales le parece que la pretensión del otro en litigio era inaceptable. Por ejemplo dos vecinos que pelean porque uno está impidiendo dolosamente y sin beneficio alguno para él, el paso del agua al predio de su vecino. El juez analiza la situación y da la razón al vecino que no recibe el agua, pero no lo hace alegando ninguna ley previa, ni costumbre, ni jurisprudencia, sino basándose en que la pretensión del vecino insolidario es inaceptable.

En la actualidad la Retórica es un arte muy olvidado e incomprensiblemente poco utilizado mientras que la Argumentación se ha puesto de moda como una necesidad de legitimación del Derecho en el Estado de Derecho. Sin embargo la Argumentación es una parte de la Retórica y la Retórica a su vez un medio que ayuda sobremedida a la Argumentación. Retórica y Argumentación son el todo y la parte. La Retórica es el todo, mientras que la Argumentación es la parte. Así lo muestra la historia y la experiencia. Ambas ciencias, artes o técnicas, no solo no se molestan sino que se complementan y forman en realidad una sola, potenciándose. Por eso olvidarse de alguna de sus partes cercena y limita innecesariamente la totalidad. Parece conveniente que los seres humanos entiendan el motivo por el cual el Derecho se produce y se aplica de una determinada manera, y no de otra. Es necesario que los poderes públicos tengan en cuenta que el ser humano es un ser racional que aunque esté sometido al ordenamiento jurídico merece entender las razones de lo que le obliga para así poder decidir libremente cumplir las leyes o contravenir las, arriesgándose en el segundo caso a la imposición de un castigo. Para entender todo esto es necesario que la Argumentación Jurídica de los distintos operadores funcione. El legislador debe explicar por qué motivo establece unos mandatos y no otros; el gobernante debe explicar la forma en que ejerce su potestad; los jueces, el sentido de sus sentencias y así sucesivamente. Pero todo esto debe hacerse de la mejor manera. Esto es, utilizando el arte de la Retórica que ha acompañado al Derecho desde los comienzos de su historia, proporcionando a sus manifestaciones la brillantez y el decoro que el tema que abordan amerita.

Y por todo lo dicho entiendo que la Retórica no debe entenderse frente a la Argumentación, sino que debe considerar a ambas colaboradoras necesarias para un buen ejercicio del Derecho. Y por eso, y ya concluyo, los nuevos espacios de educación superior deben prestar una atención a la formación de los futuros licenciados en Derecho lamentablemente perdida en las técnicas de Argumentación Jurídica insertas dentro del conocimiento y práctica de la Retórica. Solo de esta manera las Facultades de Derecho e Institutos Tecnológicos estarán formando verdaderos juristas, y no simples técnicos en leyes.